

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 60.107 van 12 juni 1996
in de zaak A. 64.386/IV-15.199.**

In zake : Eduardus MICHILSENS,
die woonplaats kiest bij
Advocaten D. ERREYGERS en H. SEBREGHTS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 33

tegen :

de stad ANTWERPEN.

D E R A A D V A N S T A T E, I V e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Eduardus MICHILSENS op 5 juli 1995 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van 25 april 1995 van de gemeenteraad van de stad Antwerpen waarbij bekrachtigd wordt dat verzoeker van 1 mei 1993 tot en met 31 augustus 1995 tijdelijk belast werd met het ambt van directeur van het stedelijk instituut voor handel en administratie en waarbij met ingang van 1 september 1995 een einde wordt gemaakt aan die tijdelijke opdracht en hij opnieuw zijn functie als vastbenoemd leraar aan de stedelijke onderwijsinstellingen dient op te nemen;

Gelet op het arrest nr. 55.837 van 18 oktober 1995 waarbij de schorsing wordt bevolen van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur H. VERHULST;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 6 maart 1996 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 april 1996;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat D. ERREYGERS, die verschijnt voor verzoeker, en van Advocaat Chr. COEN, die loco Advocaat J. DYCK verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur H. VERHULST;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Bij besluit van 5 februari 1991 bekrachtigt de gemeenteraad van de stad Antwerpen de tijdelijke aanstelling voor de periode van 3 december 1990 tot nader order, uiterlijk tot en met 30 juni 1991, van verzoeker als directeur van het stedelijk instituut voor handel en administratie (SIHA) nr. 3, ter vervanging van de directeur, met ziekteverlof.

1.2. Bij besluit van 28 april 1992 bekrachtigt de gemeenteraad diezelfde tijdelijke aanstelling, ditmaal

voor de periode van 1 september 1991 tot nader order, uiterlijk tot en met 30 juni 1992.

1.3. Bij besluit van 28 april 1993 gebeurt dat een derde keer, ditmaal voor de periode van 1 september 1992 tot nader order, uiterlijk tot en met 30 juni 1993.

1.4. Bij besluit van dezelfde dag, 28 april 1993, aanvaardt de gemeenteraad het ontslag van de directeur met ingang van 1 mei 1993.

1.5. Bij besluit van 25 januari 1994 bekrachtigt de gemeenteraad de tijdelijke aanstelling van verzoeker aan voornoemde school als directeur "open plaats", van 1 september 1993 tot nader order, uiterlijk tot en met 30 juni 1994.

1.6. Bij besluit van 21 november 1994 bekrachtigt de gemeenteraad een identieke tijdelijke aanstelling, ditmaal voor de periode van 1 september 1994 tot nader order, uiterlijk tot en met 30 juni 1995.

1.7. Op 25 april 1995 neemt de gemeenteraad het bestreden besluit. Na verwezen te hebben naar de voormelde besluiten van 28 april 1993, 25 januari 1994 en 21 november 1994, gaat de aanhef van dat besluit voort als volgt :

"overwegende dat de heer E. MICHILSENS, aanvankelijk tijdelijk belast met de taak van directeur van stedelijk instituut voor handel en administratie nr. 3, Eikenstraat, ter vervanging van de heer J. WYN, met ziekteverlof, vanaf 1 mei 1993 verder tijdelijk belast bleef met de taak van directeur in afwachting dat deze plaats zou worden openverklaard of in afwachting van een herstructurering van het stedelijk secundair onderwijs;

overwegende dat de betrekking van directeur van stedelijk instituut voor handel en administratie nr. 3, Eikenstraat, niet openverklaard werd, zodat niemand zich kandidaat heeft kunnen stellen en dat bijgevolg de heer E. MICHILSENS niet werd aangesteld tot tijdelijk directeur na een formele en regelmatige

openverklaring onder de personeelsleden met het oog op een vaste benoeming;

overwegende dat met ingang van 1 september 1995 het stedelijk instituut voor handel en administratie nr. 3, Eikenstraat en het stedelijk instituut voor technisch onderwijs nr. 2, Lange Klarenstraat, gefusioneerd worden tot één school;

overwegende dat de directeur van het stedelijk instituut voor technisch onderwijs nr. 2, Lange Klarenstraat, vastbenoemd is als directeur;

gelet op art. 42, § 1, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra;

...".

Met eenparigheid van stemmen besluit de gemeenteraad dan :

"artikel 1 : te bekrachtigen dat de heer E. MICHILSENS (1-481116-0372), van 1 mei 1993 tot en met 31 augustus 1995, tijdelijk belast werd met het ambt van directeur van het stedelijk instituut voor handel en administratie nr. 3, Eikenstraat, open plaats;

artikel 2 : met ingang van 1 september 1995 een einde te stellen aan de tijdelijke opdracht als directeur van het stedelijk instituut voor handel en administratie nr. 3, Eikenstraat, van de heer E. MICHILSENS (1-481116-0372), vastbenoemd leraar aan de stedelijke secundaire onderwijsinrichtingen. Betrokkene zal vanaf die datum zijn ambt als vastbenoemd leraar in het stedelijk secundair onderwijs opnieuw opnemen;

...".

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat in haar laatste memorie de verwerende partij opwerpt dat het beroep te laat is ingesteld;

Overwegende dat ter adstructie van deze exceptie de verwerende partij ervan uitgaat -en alleen daarvan uitgaat- dat in het dossier van de zaak geen enveloppe aanwezig is waarin het verzoekschrift op de Raad van State is ingekomen;

Overwegende dat alleen vaststaat dat in het dossier van de zaak wel het verzoekschrift aan te treffen is, maar niet de normaal erbij horende enveloppe; dat daarmee nog niet vaststaat dat het verzoekschrift zonder enveloppe werd ingediend; dat zulks niet door de diensten van de griffie werd vastgesteld; dat verzoeker terecht betoogt dat hij niet kan bewijzen dat hij een enveloppe heeft gebruikt; dat hij bewijst wat hij kan bewijzen, te weten dat hij op 5 juli 1995 een aangetekende zending aan de Raad van State heeft gestuurd; dat uit niets blijkt dat het desbetreffende bewijs van aangetekende zending op een ander bij de Raad ingediend stuk betrekking kan hebben;

Overwegende dat de exceptie wordt afgewezen;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij aan verzoeker het rechtens vereiste belang ontzegt;

Overwegende dat zij betoogt dat verzoeker vast benoemd kon worden noch in de betrekking van directeur van het SIHA nr. 3 waarin hij tijdelijk was aangesteld, noch in een andere directeursbetrekking : in de betrekking van directeur van het SIHA nr. 3 niet, ten eerste omdat deze betrekking wegviel ingevolge de fusie van de genoemde school met het "SITO 2" en de betrekking van directeur van de fusieschool hoe dan ook naar de directeur van het "SITO 2" moest gaan, ten tweede omdat er geen oproep tot de kandidaten voor vaste benoeming in deze betrekking is geweest; in een andere directeursbetrekking niet omdat verzoeker geweigerd heeft zich te onderwerpen aan de screening die voor benoeming in die andere betrekkingen was voorgeschreven;

Overwegende dat verzoeker terecht tegen die exceptie inbrengt dat hij aanspraak maakt op een vaste benoeming in het bevorderingsambt van directeur, los van de vraag in welke betrekking hij dat ambt dient op te

nemen, los ook van de vraag of hij wel in een betrekking aangesteld kan worden en dus "in het slechte geval" niet als vastbenoemd directeur ter beschikking gesteld moet worden wegens ontstentenis van betrekking; dat de vraag of het onderscheid dat verzoeker zodoende maakt tussen het begrip ambt en het begrip betrekking, dienstig is, tot de grond van de zaak behoort; dat blijkens zijn annulatiemiddelen verzoeker inderdaad aanspraak maakt op een vaste benoeming in het bevorderingsambt van directeur; dat de hierboven weergegeven verklaringen van de verwerende partij over het feit dat verzoeker geen enkel van de voorhanden zijnde directeursbetrekkingen kon krijgen, mogelijk bedoelde aanspraken van verzoeker in de weg heeft kunnen staan, maar dat of dit zo is zal moeten blijken bij het onderzoek van de gegrondheid van het beroep;

Overwegende dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat verzoeker in zijn tweede annulatiemiddel aanvoert wat volgt : volgens de motivering van het bestreden besluit werd hij tijdelijk belast met de taak van directeur in afwachting dat deze plaats zou worden openverklaard of in afwachting van een herstructurering van het stedelijk onderwijs; deze motivering is echter nergens terug te vinden in de diverse besluiten betreffende de tijdelijke aanstelling van verzoeker; deze motivering is bovendien niet dienstig ten aanzien van artikel 42, § 1, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra; overeenkomstig artikel 42, § 1, van dat decreet kan een betrekking in een bevorderingsambt slechts in drie gevallen tijdelijk worden toegewezen :

"a) indien de titularis van het ambt tijdelijk afwezig is;

b) in een betrekking waarin op grond van artikel 39 geen benoeming mogelijk is;

c) in afwachting van een vaste benoeming in het selectie- of bevorderingsambt"; welnu, verzoekers aanstellingen die uitwerking hadden na 1 mei 1993, vielen niet onder het eerste geval aangezien de directeur met ingang van de genoemde datum met pensioen was; evenmin vielen ze onder het tweede geval, want artikel 39 van het decreet heeft het over betrekkingen die hetzij deel uitmaken van instellingen die ingevolge de toepassing van rationalisatieregelen in progressieve opheffing zijn, hetzij slechts voor een beperkte duur kunnen worden gesubsidieerd; rest dus alleen het derde geval;

3.2. Overwegende dat met verzoeker vastgesteld moet worden, ten eerste dat nergens uit blijkt dat zijn tijdelijke aanstellingen als directeur van het SIHA nr. 3 hem maar gegeven werden "in afwachting dat deze plaats zou worden openverklaard of in afwachting van een herstructurering van het stedelijk onderwijs", ten tweede dat, als alzo die door de gemeenteraad in het bestreden besluit achteraf gegeven kwalificaties moeten worden afgewezen, slechts rest vanaf 1 mei 1993 die tijdelijke aanstellingen onder te brengen onder artikel 42, § 1, c), van het rechtspositiedecreet, tijdelijke aanstellingen dus "in afwachting van een vaste benoeming";

3.3. Overwegende dat in het bestreden besluit nog te lezen staat dat verzoeker niet werd aangesteld "na een formele en regelmatige openverklaring onder de personeelsleden met het oog op een vaste benoeming"; dat indien de gemeenteraad daarmee te kennen wil geven dat de tijdelijke aanstellingen van verzoeker niet wettig waren, opgemerkt moet worden dat die aanstellingen niet uit het rechtsverkeer zijn verwijderd, of ingevolge een

annulatieberoep bij de Raad van State, of door het optreden van de toezichthoudende overheid, of door een tijdige intrekking door de gemeenteraad; dat indien de gemeenteraad met de geciteerde tekst te kennen wil geven dat bij gebrek aan openverklaren de tijdelijke aanstellingen van verzoeker onmogelijk tijdelijke aanstellingen met het oog op een vaste benoeming konden zijn, herhaald moet worden dat in het systeem van artikel 42, § 1, van het rechtspositiedecreet een tijdelijke aanstelling onder een van de drie aldaar opgesomde gevallen ondergebracht moet kunnen worden en dat niet valt in te zien hoe de ontstentenis van een formele openverklaring verzoekers tijdelijke aanstellingen onder de letter a) of b) terecht zou kunnen doen komen; dat dus nog maar eens de conclusie moet zijn dat die tijdelijke aanstellingen aanstellingen zijn als bedoeld in c) van artikel 42, § 1, tijdelijke aanstellingen dus "in afwachting van een vaste benoeming";

3.4. Overwegende dat voormeld artikel 42, § 1, c), bepaalt :

"Wanneer het personeelslid tijdelijk in een selectie- of bevorderingsambt wordt aangesteld in afwachting van een vaste benoeming, neemt de inrichtende macht uiterlijk op het einde van het tweede volledige schooljaar, een beslissing houdende hetzij vaste benoeming van het personeelslid in het selectie- of bevorderingsambt, indien het op dat ogenblik aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, hetzij de terugkeer van het personeelslid naar zijn vorig ambt. Indien de inrichtende macht geen beslissing neemt vóór het einde van die periode, wordt het personeelslid dat aan alle voorwaarden van artikel 40 voldoet, geacht met zijn instemming van ambtswege vast benoemd te zijn in het selectie- of bevorderingsambt.";

Overwegende dat overblijft de vraag of, om aan verzoeker de aanspraken te ontzeggen die de aangehaalde bepaling verleent, de verwerende partij zich kan beroepen op de in het bestreden besluit ter sprake gebrachte fusie met ingang van 1 september 1995 van het

SIHA nr. 3, de school waarvan verzoeker tijdelijk directeur was, en het SITO nr. 2;

3.4.1. Overwegende dat buiten betwisting staat dat verzoeker ofwel op het einde van het schooljaar 1994-1995, dus op 31 augustus 1995, twee volledige schooljaren in de vacante betrekking van directeur voltooid zou hebben, ofwel die twee schooljaren voltooid zou hebben op 1 mei 1995, twee jaar na de dag, 1 mei 1993, waarop de betrekking vacant is geworden; dat alzo uiterlijk of op 31 augustus 1995 of op 1 mei 1995 de verwerende partij met toepassing van de bovengeciteerde tekst van artikel 42, § 1, c), moest beslissen hetzij hem vast te benoemen, hetzij hem naar zijn vorig ambt te doen terugkeren;

Overwegende dat het bestreden besluit 25 april 1995 is gedateerd; dat het dus in dat opzicht voldoet aan de vereiste van artikel 42, § 1, c);

3.4.2. Overwegende dat andere vraag echter is of de scholenfusie die zou ingaan op 1 september 1995, een rechtsgeldig motief was om te beslissen tot de terugkeer van verzoeker naar zijn vorig ambt, om hem alzo impliciet een vaste benoeming te weigeren;

Overwegende dat in de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet waaruit het rechtspositiedecreet van 27 maart 1991 is gegroeid, de volgende commentaar wordt gegeven op artikel 42, § 1, c) :

"Luidens c van dit artikel moet in een selectie- of bevorderingsambt op het einde van het tweede volledige schooljaar er een vaste benoeming komen. Indien het tijdelijke fungerend personeelslid op het einde van deze periode de voorwaarde vervult moet dit personeelslid vastbenoemd worden. Hier is er bijgevolg een recht op benoeming van dit personeelslid. Uiteraard moet de inrichtende macht alle hiertoe noodzakelijke rechtshandelingen stellen. Het personeelslid dat aan de voorwaarden voldoet en dat het

selectie- of bevorderingsambt bekleedt op het einde van die tweejarige periode, wordt normaliter vastbenoemd in dit selectie- of bevorderingsambt, tenzij de inrichtende macht hem van zijn opdracht ontslaat. (Gedr. St., Vl. R., 471 (1990-1991) - nr. 1)";

Overwegende dat zowel met de tekst van artikel 42, § 1, c), als met de erbij in de parlementaire voorbereiding gegeven toelichting bezwaarlijk een andere interpretatie verenigbaar is dan de volgende : aan wie twee volledige schooljaren als tijdelijk aangesteld directeur tot een goed einde heeft gebracht, kan zijn "recht op benoeming" niet ontzegd worden om reden van een feit dat zich na die twee jaar zal voordoen; het doet er dus niet toe dat de betrekking waarin hij aangesteld was, na verloop van die twee jaar zal wegvallen;

Overwegende dat die interpretatie zich des te meer opdringt daar de tekst van artikel 42, § 1, c), het uitsluitend heeft over een vaste benoeming in een selectie- of een bevorderingsambt, dat wil zeggen over het verlenen van een ambtelijke hoedanigheid; dat deze tekst de "benoeming" niet afhankelijk maakt van het voorhanden zijn van een "betrekking" waarin betrokkene aan een bepaalde school overeenkomstig die benoeming aangesteld kan worden; dat in artikel 5, 11° en 12°, van het rechtspositiedecreet de begrippen "ambt" en "betrekking" dienovereenkomstig onderscheiden worden : "ambt" is "een functie die in de onderwijssector wordt uitgeoefend ...", "betrekking" is "de concrete werkgelegenheid in een bepaald ambt in een instelling ..."; dat het wel zo is dat indien er voor verzoeker op 1 september 1995 geen betrekking voorhanden was, hij, zoals hijzelf erkent, na zijn vaste benoeming ter beschikking gesteld had moeten worden wegens ontstentenis van betrekking, maar dat heel iets anders is de ontstentenis van betrekking als een beletsel voor zijn

vaste benoeming aan te wenden; dat, zoals betoogd, artikel 42, § 1, c), dat niet blijkt te dulden;

Overwegende dat het middel gegrond is; dat verzoekers overige annulatiemiddelen niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden; dat ze dus niet onderzocht hoeven te worden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 25 april 1995 van de gemeenteraad van de stad Antwerpen waarbij bekrachtigd wordt dat Eduardus MICHILSENS van 1 mei 1993 tot en met 31 augustus 1995 tijdelijk belast werd met het ambt van directeur van het stedelijk instituut voor handel en administratie en waarbij met ingang van 1 september 1995 een einde wordt gemaakt aan die tijdelijke opdracht en hij opnieuw zijn functie als vastbenoemd leraar aan de stedelijke onderwijsinstellingen dient op te nemen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de stad Antwerpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op twaalf juni 1900 zesennegentig, door
de IVe kamer, die was samengesteld uit :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
Mevr.	M.-R. BRACKE,	staatsraad,
de H.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.